



JURISTISCHE FAKULTÄT



UNIVERSITÄT
HEIDELBERG
ZUKUNFT
SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

„Diskriminierungen und deren Rechtfertigung aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses“

Dissertation vorgelegt von Fabian Dammann

Erstgutachter: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter-Christian Müller-Graff

Zweitgutachter: Prof. Dr. Christian Baldus

Institut für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht

Einleitung

Die Arbeit versteht sich als Beitrag zu einer transparenten und widerspruchsfreien Auslegung der Grundfreiheiten. Ziel war es, eine dogmatisch fundierte Antwort auf eine spezifische, grundfreiheitsübergreifende Frage zu liefern:

Können diskriminierende mitgliedstaatliche Maßnahmen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt werden?

Die Rechtsprechung zu dieser Frage ist inkonsequent bis widersprüchlich. Die ursprüngliche Konzeption sah vor, dass der Anwendungsbereich der zwingenden Gründe des Allgemeininteresses allein für nichtdiskriminierende Maßnahmen eröffnet ist (Zuerst in EuGH, Rs. 788/79 (Gilli), Slg. 1980, 2071, Rdnr. 6; seitdem ständige Rechtsprechung, vgl. EuGH, Rs. C-55/94 (Gebhardt), Slg. 1995, I-4165, Rdnr. 37). Neuere Urteile wecken Zweifel, ob der EuGH weiterhin an dieser Einschränkung festhält.

Das Schrifttum beschränkt sich meist auf die Deutung der EuGH-Rechtsprechung zu dieser Frage. Seltener finden sich inhaltliche Argumente für oder gegen eine Ausweitung auf (offen) diskriminierende Maßnahmen. Die Palette reicht dabei von grundsätzlicher Ablehnung (Bspw.: *Gundel*, JURA 2001, 79 (82); *Tiedje*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Art. 56 AEUV, Rdnr. 44 f.; *Hatje*, JURA 2003, 160 (165); *Blanke/Böttner*, in: Niedobitek (Hrsg.), § 2, Rdnr. 328) über Zustimmung in begrenzten Fällen (Vgl. etwa *Lyal*, EC-Tax Rev. 2003, 68 (74); *Müller-Graff*, EuR Beiheft 1/02, 7 (54)) bis hin zur vorsichtigen Befürwortung eines einheitlichen Rechtfertigungsmaßstabs (So *Enchelmaier*, in: Oliver (Hrsg.), Free Movement of Goods, § 8.04 ff., S. 216-220; *Englisch*, Dividendenbesteuerung, 2005, S. 276 ff.; *Cordewener*, S. 150 ff.; *Middeke*, Nationaler Umweltschutz im Binnenmarkt, 1994, S. 176 ff.; *Barnard*, ELRev. 2001, 35 (52 ff.); *Hindelang*, Free Movement of Capital, 2009, S. 257 ff.; *Prete*, LIEI 2008, 133 (152 ff.); zu Art. 18 I AEUV auch *Rossi*, EuR 2000, 197 (213 f.)).

Die praktischen Auswirkungen dieser Frage liegen auf der Hand: Ist eine Rechtfertigung diskriminierender Maßnahmen auch neben den ausdrücklich vertraglich normierten Ausnahmeklauseln möglich, erweitert sich (jedenfalls zunächst) der Handlungsspielraum der Mitgliedstaaten.

Die Arbeit gliedert sich in vier Teile. Zunächst fokussiert sich die Untersuchung auf den Begriff der Diskriminierung in seiner Bedeutung in den Verträgen und in seiner Auslegung durch den EuGH (I.). Dann wird die Rechtsprechung des EuGH zu den geschriebenen Rechtfertigungsgründen und den „zwingenden Erfordernissen“, insbesondere die „Ausreißer“, analysiert (II.). Das Für und Wider einer prinzipiellen Beschränkung der zwingenden Erfordernisse auf „nichtdiskriminierende“ bzw. „unterschiedslos anwendbare Maßnahmen“ wird dann in einem dritten Teil umfassend diskutiert (III.). Das abschließende Kapitel beleuchtet die Konsequenzen einer Auslegung, nach der – jedenfalls prinzipiell – die zwingenden Erfordernisse auch „unterschiedlich anwendbare Maßnahmen“ rechtfertigen können und zeigt mögliche Lösungswege auf (IV.).

Die gefundenen Ergebnisse sollen im Folgenden kurz zusammengefasst werden:

I. Das Diskriminierungsverbot im grundfreiheitlichen Kontext

1. Unabhängig vom jeweiligen Normzusammenhang setzt sich der unionsrechtliche Diskriminierungsbegriff zusammen aus den Komponenten „Ungleichbehandlung“, „Benachteiligung“ und „Vergleichbarkeit“. Maßstäbe für die Vergleichbarkeit zweier Gruppen bilden erstens der Tatbestand der Verbotsnorm, zweitens die konkret in Frage stehende möglicherweise diskriminierende Maßnahme.

2. Das Vorliegen einer Diskriminierung im Bereich der Grundfreiheiten setzt (in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des EuGH) begrifflich *nicht* voraus, dass die Maßnahme ungerechtfertigt ist. Bei spezifischen Diskriminierungsverboten wie den Grundfreiheiten lassen sich die Frage der Vergleichbarkeit (Tatbestand) und der Rechtfertigung (außerhalb des Tatbestands) trennen. Der allgemeine Gleichheitssatz ist hingegen tatbestandlich ohne Begrenzung, so dass hier eine Trennung nicht möglich ist.

3. Eine Gleichbehandlung ungleicher Sachverhalte verbieten (entgegen der teilweise verwendeten Definition des EuGH) die grundfreiheitlichen Diskriminierungsverbote (im Gegensatz möglicherweise zum allgemeinen Gleichheitssatz) nicht. Aus einem Diskriminierungsverbot lässt sich kein Differenzierungsgebot herleiten.

4. Auch wenn die grundfreiheitlichen Diskriminierungsverbote im Ausgangspunkt spezielle Ausprägungen des allgemeinen Gleichheitssatzes und des Verbots der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit nach Art. 18 I AEUV sind, unterscheiden sie sich doch grundlegend von beiden. Im Gegensatz zum allgemeinen Gleichheitssatz knüpfen sie nur an eine begrenzte Zahl von Tabukriterien an. Als Produktfreiheiten gehen sie über das in Art. 18 I AEUV statuierte Verbot von Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit hinaus.

5. Eine Diskriminierung von Gesellschaften aufgrund deren „Staatszugehörigkeit“ muss parallel zur Diskriminierung natürlicher Personen möglich sein. Die Rechtsprechung ist hier allerdings widersprüchlich, macht insbesondere nicht klar, welches Tabukriterium zu einer offenen Diskriminierung führt. Richtigerweise bestimmen allein Gründungsverbindung und Satzungssitz die Staatszugehörigkeit einer Gesellschaft. Nur diese Kriterien lassen sich der Staatsangehörigkeit einer natürlichen Person gleich setzen.

6. Ob und wie das Diskriminierungsverbot auch bei Beeinträchtigungen durch den Herkunftsstaat einer Person oder eines Produkts greift, geht aus der Rechtsprechung nicht eindeutig hervor. Zwar ist anerkannt, dass die Grundfreiheiten auch den Herkunftsstaat grenzüberschreitender wirtschaftlicher Aktivitäten binden. Ob dabei jedoch allein das Beschränkungsverbot greift oder aber auch der Herkunftsstaat offen diskriminieren kann, ist außerhalb der expliziten Regelung des Art. 35 AEUV ungeklärt. Richtigerweise diskriminieren parallel zu Art. 35 AEUV auch nationale Maßnahmen, die (aus ihrem eigenen Mitgliedstaat ausgehende) grenzüberschreitende Aktivitäten schlechter behandeln als vergleichbare Aktivitäten im Inland.

7. Ohne eine präzise Bestimmung der verbotenen Differenzierungskriterien kann man nicht widerspruchsfrei zwischen offenen und verdeckten Diskriminierungen unterscheiden.

8. Die Rechtsprechung zur Reichweite und den Voraussetzungen einer verdeckten Diskriminierung ist nicht frei von Widersprüchen. Richtigerweise ist der Kreis verdeckter Diskriminierungen als Umgehung der Verbotskriterien eng zu ziehen. Er sollte sich beschränken auf nationale Maßnahmen, die aufgrund von Kriterien unterscheiden (Sprache, Wohnort, inländische Ausbildung/Prüfung), die spezifisch grenzüberschreitende von inländischen Sachverhalten unterscheiden.

9. Eine rein empirisch bestimmte Einordnung einer Maßnahme als verdeckte Diskriminierung ist ebenso abzulehnen wie ein finaler Diskriminierungsbegriff. Beide Faktoren können eine verdeckte Diskriminierung indizieren, ohne allerdings notwendige oder hinreichende Voraussetzung derselben zu sein. Maßnahmen, die unterschiedslos anwendbar sind, jedoch faktisch EU-Ausländer benachteiligen, weil diese gleichzeitig die Anforderungen ihres Herkunftsstaates erfüllen müssen, mögen (marktzugangs-)beschränkende Wirkung haben, fallen jedoch nicht unter das Diskriminierungsverbot. Ziel ist nämlich in diesen Fällen nicht Inländergleichbehandlung sondern rechtliche Besserstellung.

10. Der unklare Diskriminierungsbegriff zeigt sich insbesondere bei der Dienstleistungs- und Kapitalverkehrsfreiheit. Art. 63 I AEUV schützt den Kapitalverkehr als solchen unabhängig von den handelnden Personen. Parallel zur Warenverkehrsfreiheit sollten daher Kapitalherkunft und -destination verbotene Differenzierungskriterien sein. Aus der Rechtsprechung geht hingegen nicht eindeutig hervor, ob Differenzierungen nach der Staatsangehörigkeit des Kapitalanlegers, dem Kapitalanlageort oder der Ansässigkeit der Kapitalanleger eine offene Diskriminierung begründen. Auch die Rechtsprechung zur Dienstleistungsfreiheit macht nicht deutlich, ob allein die Staatsangehörigkeit der Dienstleisters, die Herkunft der Dienstleistung oder sogar die Ansässigkeit des Dienstleisters Anknüpfungspunkte einer (offenen) Diskriminierung sein können.

11. Der unklare Diskriminierungsbegriff hat für die tatbestandliche Feststellung einer Grundfreiheitsbeeinträchtigung keine unmittelbar nachteilige Konsequenz (denn auch nichtdiskriminierende Maßnahmen können die Grundfreiheiten beeinträchtigen). Er führt jedoch auf Rechtfertigungsebene zu Widersprüchen, wenn man der Unterscheidung zwischen Diskriminierung und Beschränkung erkenntnisleitende Funktion zuschreibt.

II. Geschriebene Rechtfertigungsgründe und sog. zwingende Erfordernisse

1. Der pauschale Hinweis auf die „enge“ Auslegung der geschriebenen Rechtfertigungsgründe kann nicht überzeugen. Trotzdem reichen die ausdrücklich in Art. 36, 45 III, 52 I, 65 I AEUV genannten Rechtfertigungsgründe nicht aus, um das Spektrum schutzwürdiger Interessen abzubilden. Selbst wenn ursprünglich eine Auslegung der geschriebenen Rechtfertigungsgründe möglich gewesen wäre, die alle „zwingenden Erfordernisse“ umfasst, ist eine solche Auslegung

nicht nur wegen der Rechtsprechung des EuGH, sondern vor allem auch durch die Entwicklung des Primärrechts (Art. 114 IV) überholt.

2. Der EuGH lässt inzwischen bei allen Grundfreiheiten eine Rechtfertigung beschränkender Maßnahmen mit Allgemeininteressen und Rechtsgütern zu, die nicht in den vertraglichen Ausnahmeregelungen genannt sind. In der Sache besteht dabei kein Unterschied zwischen den „zwingenden Erfordernissen“ im Rahmen der Warenverkehrsfreiheit, den „zwingenden Gründen des Allgemeininteresses“ im Rahmen der Personenverkehrsfreiheiten und den „objektiven Erwägungen“ im Rahmen des Art. 18 I AEUV.

3. Der EuGH hat den Anwendungsbereich seit Mitte der 90er Jahre konsequent auf verdeckt diskriminierende Maßnahmen erweitert. Das letzte Urteil, in dem der EuGH die Anwendbarkeit der zwingenden Erfordernisse auf verdeckte Diskriminierungen ausschloss, datiert aus dem Jahre 1999. In der neueren Rechtsprechung hat der EuGH diese Einschränkung aufgegeben. Er wiederholt allerdings auch in neuester Rechtsprechung die aus der Gebhard-Formel bekannte Voraussetzung, dass die nationale Maßnahme unterschiedslos anwendbar (bzw. „nichtdiskriminierend“) sein muss. Diese Einschränkung kann sich dann nur noch auf eine Rechtfertigung offener Diskriminierungen beziehen.

4. Die Rechtsprechungsanalyse hat weiterhin ergeben, dass der EuGH in Ausnahmefällen von seiner Rechtsprechungslinie abweicht, ohne dies jedoch ausdrücklich festzustellen: Zum Teil verneint er die diskriminierende Wirkung einer Vorschrift mit fragwürdiger Begründung. In vielen Fällen vermeidet er auch klare Aussagen zur Einordnung der Maßnahme. Manchmal erwägt er zwar eine Rechtfertigung offener Diskriminierungen aus zwingenden Erfordernissen, lehnt diese jedoch mangels Verhältnismäßigkeit ab. Ein Rechtsprechungswandel im Sinne eines klaren Bekenntnisses zur Abkehr von seiner bisherigen Linie lässt sich daraus nicht ableiten.

III. Das Dogma der unterschiedslos anwendbaren Maßnahmen – Kategoriale Unterscheidung offener und verdeckter Diskriminierungen

Für eine Aufgabe dieser kategorialen Unterscheidung zwischen offen diskriminierenden Maßnahmen einerseits sowie verdeckt diskriminierenden und beschränkenden Maßnahmen andererseits sprechen die besseren Argumente:

1. Aus dem Wortlaut der vertraglichen Rechtfertigungsvorschriften lässt sich nicht begründen, warum diese für offene Diskriminierungen abschließenden Charakter haben sollen.

2. Ein historisches Argument für die Eingrenzung des Anwendungsbereichs der zwingenden Erfordernisse lässt sich nicht widerspruchsfrei formulieren. Eine Argumentation mit der Intention der Vertragsparteien sieht sich zum einen dem Problem ausgesetzt, dass die Materialien zu den Vertragsverhandlungen zum Zeitpunkt der Cassis-Entscheidung noch nicht veröffentlicht waren. Zum anderen erscheint es widersprüchlich, dass die „ursprüngliche Intention“ der Vertragsparteien, Diskriminierungen nur aus den vertraglich genannten Gründen zu rechtfertigen, berücksichtigt werden muss, wenn zugleich der Wille der Vertragsparteien, nur Diskriminierungen zu verbieten, überwunden werden kann.

Darüber hinaus lässt sich nicht widerspruchsfrei erklären, warum diese Einschränkung für offen diskriminierende, nicht jedoch für verdeckt diskriminierende Maßnahmen gelten soll. Auch der EuGH ging in der Cassis-Entscheidung noch nicht von einer Beschränkung der zwingenden Erfordernisse auf unterschiedslos anwendbare Maßnahmen aus.

3. Die vertraglich ausdrücklich genannten Rechtfertigungsgründe und die zwingenden Erfordernisse unterscheiden sich weder auf formeller Ebene noch im Inhalt oder in ihrer Wertigkeit. Auch bei den zwingenden Erfordernissen handelt es sich um Rechtfertigungsgründe. Inhaltlich umfassen zwingende Erfordernisse und geschriebene Rechtfertigungsgründe ein weites Spektrum unionsrechtlich anerkannter Allgemeininteressen, die den Grundfreiheiten gleichrangig gegenüber stehen. Auch die zwingenden Erfordernisse bedürfen einer Legitimation aus dem Unionsrecht. Sie stehen wertungsmäßig auf einer Stufe mit den ausdrücklich vertraglich anerkannten Rechtfertigungsgründen.

4. Die parallele Auslegung zwingender Erfordernisse und geschriebener Rechtfertigungsgründe steht im Widerspruch zu Aussagen in der Rechtsprechung, nach denen die geschriebenen Rechtfertigungsgründe abschließenden Charakter haben. Auffällig ist jedoch, dass der EuGH diese Einschränkung seit den 80er Jahren nicht mehr erwähnt.

5. Einziges Unterscheidungsmerkmal zwischen beiden Rechtfertigungskategorien ist somit ihr unterschiedlicher Anwendungsbereich. Überwindet man auch diesen Unterschied, macht dies die geschriebenen Rechtfertigungsgründe keineswegs überflüssig, im Gegenteil: Beide Rechtfertigungsgründe stehen in einem Komplementärverhältnis zueinander. Gerade weil die zwingenden Erfordernisse dogmatisch als Rechtfertigungsgründe anzusehen sind und sich inhaltlich nicht von den in den Ausnahmeklauseln genannten Gründen unterscheiden, erscheint eine Differenzierung hinsichtlich des Anwendungsbereiches wenig sinnvoll.

6. Die Unterscheidung zwischen offenen und verdeckten Diskriminierungen auf Rechtfertigungsebene führt nach der Auslegung des EuGH zu widersprüchlichen Ergebnissen bei der Diskriminierung von Gesellschaften im Verhältnis zur Diskriminierung natürlicher Personen. Denn der EuGH stellt das verbotene Differenzierungskriterium bei Gesellschaften (den „Sitz im Sinne des Art. 54 I AEUV“) sowohl der Staatsangehörigkeit natürlicher Personen als auch deren Ansässigkeit gleich.

7. Beeinträchtigungen durch den Herkunftsstaat lassen sich nicht ohne Friktionen in die Rechtsprechungslinie des EuGH einfügen. Das gilt unabhängig davon, ob man diese Beeinträchtigungen immer als diskriminierungsfreie Beschränkungen einordnet, ob der Inländer sich auf die für Ausländer diskriminierende Wirkung der Vorschrift berufen muss oder ob man die verbotenen Differenzierungskriterien erweitert.

8. Ein prinzipieller Unterschied in der Belastungsintensität zwischen offenen und verdeckten Diskriminierungen, der eine strengere Behandlung offen diskri-

minierender Maßnahmen rechtfertigen würde, besteht im Hinblick auf die Auswirkungen auf den Binnenmarkt nicht. Das gleiche gilt für das Verhältnis von Diskriminierung und Beschränkung.

9. Es erscheint im Hinblick auf eine kohärente Auslegung der Grundfreiheiten widersinnig, dass offene Diskriminierungen im Bereich der Warenverkehrsfreiheit einfacher zu rechtfertigen sind als beispielsweise bei der Dienstleistungsfreiheit.

IV. Der Anwendungsbereich der zwingenden Erfordernisse

1. Für eine Privilegierung einzelner zwingender Erfordernisse findet sich keine überzeugende Begründung. Der Umweltschutz hat seine primärrechtlich privilegierte Stellung gegenüber anderen zwingenden Erfordernissen spätestens seit der Lissabonner Vertragsreform verloren. Im Steuerrecht erfordert die den Mitgliedstaaten überlassene Aufteilung der Besteuerungsbefugnisse und die Kohärenz zwischen Gewinn- und Verlustberücksichtigung eine genaue Prüfung der Vergleichbarkeit von inländischem und grenzüberschreitendem Sachverhalt. Die „Sensibilität des Steuerrechts“ begründet jedoch keine privilegierte Stellung steuerlicher Rechtfertigungsgründe. Im Grundsatz kann also jedes Allgemeinwohlinteresse auch offene Diskriminierungen rechtfertigen.

2. Auch eine Unterscheidung zwischen den verbotenen Differenzierungskriterien, etwa ein Ausschluss offener Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit aus dem Anwendungsbereich der zwingenden Erfordernisse, lässt sich nicht aus dem Primärrecht begründen. Offene Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit bedeuten in einer Europäischen Union, die gerade auf die Überwindung des Nationalen als zulässigem Unterscheidungskriterium gerichtet ist, zweifellos einen Fremdkörper. Die Verträge erkennen jedoch an, dass solche Diskriminierungen in Ausnahmefällen möglich sind. Auch Art. 18 I AEUV statuiert nach neuerer Rechtsprechung selbst bei offenen Diskriminierungen kein absolutes Verbot. Warum dies im Rahmen der Personenverkehrsfreiheiten, die sich auf das gleiche Tabukriterium stützen, anders sein soll, erschließt sich nicht.

3. Die Forderung nach einer „strengerer“ Verhältnismäßigkeitskontrolle offener Diskriminierungen geht hinsichtlich der inhaltlichen Anforderungen an das Verhältnismäßigkeitsprinzip als Rechtsbegriff ins Leere. Der EuGH legt unabhängig von der Qualität der Beeinträchtigung einen strengen Maßstab zugrunde. Der Inhalt des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ändert sich also auch dann nicht, wenn die Maßnahme offen diskriminierende Wirkung hat. Mitgliedstaatliche Maßnahmen müssen zur Zweckerreichung geeignet und erforderlich sein.

4. Die Mitgliedstaaten müssen grundsätzlich beweisen, dass ihre Maßnahme verhältnismäßig ist. Richterliche Kontrollmöglichkeit stößt jedoch dann an Grenzen, wenn sich die zugrunde liegenden Tatsachen aus ex-ante Perspektive gar nicht mit Sicherheit bewerten lassen. Hier haben die Mitgliedstaaten einen Beurteilungsspielraum. Dieser Beurteilungsspielraum besteht wiederum unabhängig davon, ob die Maßnahme diskriminiert oder nicht.

5. Es wäre widersinnig, die pauschale Unterscheidung zwischen offenen Diskriminierungen und sonstigen Beeinträchtigungen, die sich gerade nicht aus den Verträgen begründen lässt, im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung wieder einzuführen. Entscheidend ist vielmehr die genaue Prüfung der Erforderlichkeit offener Diskriminierungen. Hier werden sich in den meisten Fällen einer offenen Diskriminierung Maßnahmen finden, die den Binnenmarkt weniger belasten.